

LA CREACIÓN JUDICIAL Y EL CONCEPTO DE DERECHO IMPLÍCITO*

FRANCISCO J. LAPORTA**

Oliver Wendell Holmes es considerado un importante precursor del llamado ‘realismo jurídico americano’, una de las corrientes o movimientos judiciales más *creativistas* del siglo XX. Sin embargo cuando defendía su visión de las tareas del juez lo hacía con una idea un poco paradójica. Es el autor de aquella famosa frase de que el derecho no ha sido lógica sino experiencia. Esto equivalía en su tiempo a sugerir el abandono del llamado formalismo y del logicismo, que ya entonces eran términos con un leve acento peyorativo entre los juristas, y proponer en su lugar una visión más experimental de la vida jurídica, que solo podría ser captada por una teoría inductiva basada en la predicción de lo que harán los tribunales. Si adoptamos el punto de vista del hombre malo – decía – lo que importa es lo que van a resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. “Yo entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto: nada más y nada menos” (Holmes 1975, 21). Pues bien, aquí precisamente es donde está la paradoja. Porque si nuestro hombre malo tuviera un poco de sentido común desearía que los jueces no fueran holmesianos y experimentalistas; tendría que preferir que se atuvieran a pautas preestablecidas al tomar sus decisiones. Y ello porque esa sería la única manera de hacer predicciones acertadas y profecías fundadas sobre lo que vayan a hacer los tribunales.

He de decir que a mí me pasa lo mismo que al hombre malo: también prefiero que los jueces se atengan a pautas preestablecidas, aunque seguramente mis razones no son las mismas que las suyas. En mi caso se trata de razones que

* Con algunas modificaciones y ciertas correcciones de estilo este es el texto de la conferencia que pronuncié el día 27 de junio de 2000 en la Escuela Judicial, a invitación de don Luis Díez-Picazo, ante una audiencia de jueces y magistrados. Es grato para mí ponerla ahora al alcance de los estudiantes y compañeros de la Facultad para rendirle un merecido homenaje.

** Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

tienen que ver con que algo como una razonable predecibilidad de las decisiones judiciales, que al fin y al cabo son actos de aplicación de fuerza sobre los ciudadanos, me parece una conquista de la civilización: esa conquista que llamamos imperio de la ley o, en algunas versiones, Estado de Derecho. De ahí mi interés en el tema de la creación judicial del derecho. Además de los problemas filosóficos que suscita, algunos de los cuales vamos a ver a continuación, una apuesta por el creativismo judicial puede ser en algunos casos una amenaza a todo ese conjunto de ideales que acostumbramos a llamar Estado de Derecho.

I

En lo que sigue voy a suponer que el término “crear” o “creación” tiene en castellano un predominante sentido fuerte que denota la producción o generación de algo *ex nihilo*. Es el sentido que tiene cuando se habla de la creación divina o cuando se afirma el principio de conservación de la energía, de la que se dice que no se *crea* ni se destruye, sino que solo puede ser transformada. Así pues cuando hable de creación judicial del derecho me referiré a la puesta en pie de un derecho nuevo, no a la mera transformación de un derecho preexistente mediante la interpretación y la argumentación. La diferencia entre “interpretación” e “invención”, dos conceptos que se están usando en las polémicas teóricas más recientes (Iglesias 1999, 161 y ss), puede ilustrar también esa acepción que quiero dar a la idea de ‘crear’. En segundo lugar quiero situar la discusión del problema en el marco histórico de aquellos derechos o sistemas u ordenamientos jurídicos que se caracterizan por disponer de un elenco acotado de lo que llamamos “fuentes”. A pesar de que suele decirse que éste de la creación judicial es una tema antiguo, lo cierto es más bien que solo se puede plantear con sentido en el marco de un mundo jurídico presidido por un sistema de fuentes. La razón es clara: el catálogo de fuentes es el criterio de identificación del material jurídico preexistente, y solo puede hablarse seriamente de la actividad de *crear* derecho, como algo distinto de aplicarlo, cuando se puede proceder a esa identificación. Y en tercer lugar quiero advertir que, aunque eventualmente pueda haber alguna mención de preceptos de nuestro ordenamiento, no trato de hacer un ejercicio de análisis del derecho español vigente y de su mayor o menor incorporación de pautas creadoras para los jueces. Trato más bien de presentar una reflexión sobre algunos problemas técnicos y filosóficos de la actividad judicial misma y su posible alcance creador.

Empecemos haciendo algunas distinciones. Cuando se afirma eso de que “los jueces crean (o no crean) derecho” se puede estar haciendo:

1. Una afirmación descriptiva o un juicio sobre la realidad empírica, sobre lo que sucede en un determinado país, en un determinado tiempo, en un de-

terminado distrito o en un determinado orden jurisdiccional. Cuando se dice por ejemplo que el Tribunal Warren fue muy activista o muy creador se hace este tipo de afirmación. Pues bien, aquí dejaré de lado por irrelevantes este tipo de aserciones. Son afirmaciones sobre hechos contingentes que dependen de circunstancias que pueden cambiar o pueden ser corregidas (por un cambio en la composición de la sala, por una modificación legislativa, etc.)

2. Una afirmación prescriptiva, evaluativa, o de preferencia: Si los jueces “deben” o “deberían” (o no deben o no deberían) crear derecho, si es bueno que lo hagan o no lo es, etc. Antes por ejemplo he manifestado mi preferencia porque los jueces no creen derecho *ex nihilo*. Era un ejemplo de enunciado evaluativo o prescriptivo basado en ciertos argumentos, como la conveniencia de la predecibilidad de los fallos, las bondades del imperio de la ley, etc. Otros pensarán lo contrario: que prefieren que los jueces creen derecho o que es bueno que lo hagan y también tendrán que aportar para apoyarlo razones valorativas y sortear objeciones de esa misma naturaleza, como la falta de legitimidad democrática de los jueces¹ para crear normas jurídicas o la indeseabilidad de los efectos retroactivos de las normas.

3. Una afirmación conceptual. Aquí, “los jueces crean derecho” indicaría que dada la concepción que tenemos de la actividad judicial y de los principios que la gobiernan es *conceptualmente* necesario, y por tanto empíricamente inevitable, que el juez, al desarrollar esa actividad, cree derecho.

Me parece que todos estaremos de acuerdo en que el sentido más importante es el tercero. Entre otras razones porque si llegamos a la conclusión de que los jueces crean derecho en ese sentido, es decir, *necesariamente* dados los ingredientes que componen su actividad de juzgar, entonces los otros dos problemas se disuelven. Veamos, pues, si es o no es de algún modo inevitable que los jueces creen derecho.

II

Voy a partir de una concepción del papel del juez que se centra en tres deberes profesionales². 1. El *deber de fallar*. Es decir la prohibición del *non li-*

¹ Como este punto suele prestarse a confusión advertiré que decir que los jueces carecen de legitimidad democrática para crear normas no quiere decir que no sean demócratas o que no cumplan un papel fundamental en un sistema político democrático; sólo quiere hacer hincapié en que en su inmensa mayoría no son nombrados por procedimientos que apelen a la voluntad de los electores expresada en el proceso político, sino por jurados de competencia técnica ajenos a esos procedimientos.

² Utilizo aquí con algunas variantes conceptuales y de orden un esquema de Daniel Mendonca (Mendonca 1997, 49)

quet, la prohibición de abstenerse de decidir “a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” como decía el artículo 6 del Código civil que yo estudié. Hoy aquella institución revolucionaria del *referé legislatif* es impensable; hoy el juez tiene siempre que dar una solución al caso. 2. El *deber de aplicar el derecho*, lo que interpretaré, como lo hace el artículo 1 del actual Código civil como deber de atenerse al sistema de fuentes. Ese sistema de fuentes puede ser tan sencillo como el de dicho artículo o tan complejo como el que ha establecido la Constitución, pero el principio es el mismo: hay un depósito de material jurídico mejor o peor definido al que debe acudir el juez para resolver. 3. El *deber de motivar las sentencias*, es decir, de exponer públicamente las razones que llevan al fallo. En este punto, y a propósito del término ‘motivar’, es preciso que recordemos una importante y conocida distinción. Una cosa es *explicar* una decisión a partir de sus *motivos*, y otra cosa es *justificar* una decisión sobre la base de unas *razones*.³ En el primer caso, en la pura explicación, estamos situados en lo que los filósofos de la ciencia llaman “contexto de descubrimiento”. El contexto de descubrimiento es el conjunto de circunstancias que rodean el hallazgo científico o la toma de la decisión (casualidad, mala digestión, presión de los *media*, convicciones personales del juez, estado psicológico, etc.⁴). Pero cuando lo que perseguimos es “justificar” un descubrimiento científico o una decisión judicial, y no sólo explicarlos, hemos de salir de ese contexto y situarnos en el llamado “contexto de justificación”. El contexto de justificación es el conjunto de premisas y argumentos a partir de los que puede inferirse racionalmente el contenido del fallo o decisión. Es muy frecuente que se desconozca o no se tome en cuenta esta distinción. Por ejemplo, no pocos teóricos del realismo jurídico americano la desconocieron con frecuencia. Sólo si la tenemos claramente en cuenta podemos decir qué significa “motivar” el fallo. Motivar el fallo no es *explicarlo* a partir del *contexto de descubrimiento*. Es más, podemos utilizar esa distinción para establecer una definición de *decisión arbitraria*. Sería arbitraria toda aquella decisión que pretendiera ‘motivarse’ en algunas de las circunstancias que forman el contexto de descubrimiento. Si se dice de un juez de instrucción que toma una decisión movido por su irrefrenable afán de notoriedad o de una jueza de familia que adopta una medida a favor de la mujer divorciada por solidaridad de sexo, no se está hablando de motivar

³ En filosofía se establece una distinción que se pierde en la terminología jurídica, empobreciéndola un poco. Los filósofos morales acostumbran a distinguir entre los ‘motivos’ como *causas* que *mueven* a la acción, y así la *explican*, y las ‘razones’ que *fundamentan* la acción y con ello la *justifican*. Es la distinción que uso en el texto.

⁴ El ejemplo inevitable, aunque quizás apócrifo, es el de la manzana que le cayó a Newton sobre la cabeza mientras echaba una siesta en el jardín, lo que según se dice produjo que se le ocurrieran sus primeras ideas acerca de la gravitación.

en el sentido de justificar, sino de explicar esas decisiones. El deber de motivar se refiere a la justificación del contenido del fallo a partir de razones. ¿Qué tipo de razones? Pues razones expresadas en enunciados normativos de carácter jurídico. Si se trata de razones extraídas de enunciados que pertenecen al sistema de fuentes estamos ante una actividad judicial que **no** crea derecho. Si por el contrario nos encontramos con razones normativas que están más allá del perímetro normativo del ordenamiento, el juez en cuestión está creando derecho nuevo. Esto es lo que, en principio, y prescindiendo ahora de mayores matizaciones define la decisión *discrecional*.

Supongo que no es difícil estar de acuerdo en que estos tres deberes generales se dan en la mayoría de los ordenamientos jurídicos desarrollados. Nuestros problemas surgen si, dando por sentado que el juez va a fallar siempre, nos damos cuenta de que no es imposible que el segundo y el tercero de esos deberes no sean tan fáciles de compatibilizar en un caso determinado, y por tanto que uno de los dos, el deber de atenerse al sistema de fuentes o el deber de motivar el fallo, resulte en ese caso de imposible cumplimiento. Podría en efecto suceder que si el juez quisiera atenerse al sistema de fuentes y sólo al sistema de fuentes, no pudiera motivar el fallo en él (porque el sistema de fuentes no ofrece razones normativas para hacerlo); y podría también suceder que si motivara el fallo apelando a ciertas razones normativas no estuviera ateniéndose entonces al sistema de fuentes porque tal sistema no le proporciona esas razones. Este es el supuesto en el que nos veríamos abocados a afirmar que el juez *tiene* que crear derecho. Y apenas es preciso decir que estamos en presencia de lo que se viene llamando arquetípicamente “caso difícil”. Hoy está de moda acudir para definirlo a Dworkin, que, en efecto, propuso como equivalente a ‘caso difícil’ aquel en el que no hay ninguna regla establecida que aporte la solución (Dworkin 1984). Pero también podemos remontarnos un poco más atrás a la idea de *Ernstfall* de Carl Schmitt y que, como expresión de un ‘caso límite’, apuntaba también a la ausencia de normas previas para enfrentar un caso que, en consecuencia, no podía ser resuelto sino a través de una decisión pura e incondicionada. Pese a serme más antipático, Schmitt me parece más ilustrativo para nuestro tema, porque subraya poderosamente el necesario aspecto creador de la decisión en ese tipo de casos⁵.

Hay autores que para poner de manifiesto la inevitable arbitrariedad o creatividad de todo fallo mantienen que todos los casos son ‘difíciles’. Creo

⁵ También pone de manifiesto con toda claridad la tentación de todo pensamiento jurídico decisionista de sacudirse el yugo del sometimiento del poder al derecho. No se olvide que el decisionista favorito de Schmitt es el que da un golpe de Estado.

que esto es una pequeña exageración contraria al sentido común. Por supuesto que si incluimos en el significado mismo de la palabra "caso" un ingrediente muy intenso de problematismo entonces por definición todos los casos son difíciles, pero estaríamos simplemente jugando con las palabras. Si, como parece más aceptable, utilizamos una noción de caso más amplia y menos enigmática (podemos, por ejemplo definir 'caso' como una pregunta por el status normativo jurídico de cierta acción o estado de cosas: ¿está la acción *a* prohibida?), entonces habría casos fáciles y casos difíciles. El caso difícil sería aquel en el que la pregunta por el status normativo de una acción o por la calificación jurídica de una situación no encuentra en principio respuesta explícita en el derecho identificado mediante los criterios que nos suministra el sistema de fuentes. Entonces el juzgador ha de buscar esa respuesta en algún lugar. Si suponemos que esa respuesta no está en ninguno de los arsenales de pautas del derecho preestablecido, entonces el juez se ve forzado, por la obligación de fallar, a 'crear' derecho *ex novo*.

Hay una cierta opinión común entre los juristas que sostiene que en todo caso esta creación sería, por así decirlo, 'menor', ya que, de acuerdo con cierta interpretación de Kelsen, por ejemplo, el juez se limitaría a crear una norma individual dirigida solo a las partes. Esto sin embargo es discutible. Si el juez se limitara a decir, sin más ni más, confiárase este derecho al sujeto A, o impóngase esta pena al sujeto B, cabría pensar en una simple norma individual. Pero entonces, habría que añadir, el fallo *no habría sido motivado*. Porque para motivar un fallo satisfactoriamente es necesario pensar una norma universal una de cuyas posibles aplicaciones sea la norma individual en cuestión. Sin esa norma universal previa no puede decirse en sentido estricto que haya motivación o justificación de la decisión (MacCormick 1978, capítulo IV). Esto se deriva del componente de *racionalidad* que tiene la idea misma de justificar o motivar. Motivar o justificar es, como hemos visto, dar razones. Y la 'razón' exige que el juez al tomar la decisión esté dispuesto a dar ese mismo trato a todos los que se encuentran en una situación idéntica a la que contempla en sus rasgos relevantes. Si no adopta ese compromiso intelectual se está comportando irracionalmente y su sentencia, al carecer de base racional, carece de motivación: es una sentencia arbitraria. Pero ese compromiso del juez no es más que la apelación a una norma universal o general a partir de la cual se opera el tratamiento del caso. Al hacerlo así el juez ha *creado* esa norma general que no encontraba en el sistema jurídico. No se trata por tanto de una suerte de creación 'menor' o subalterna, cualitativamente distinta de la que realiza el legislador. Los jueces creadores son también jueces legisladores.

III

Antes he dicho que la cuestión clave era que el ordenamiento no daba una respuesta *explícita* para el caso difícil. Aquí es donde aparece la noción de *derecho implícito*. Nuestro problema es que, si nos las tenemos que ver con un caso difícil, parece que es conceptualmente *necesario* para el juzgador crear derecho nuevo. Si queremos eludir esta conclusión fatal hemos de formular una teoría del derecho implícito que pueda suministrar la norma general en que apoyar la decisión sin necesidad de acto creador alguno.

La noción de derecho implícito tiene muchas formulaciones (Ernst 1994, Postema 1994), unas más aceptables que otras, pero todas ellas parten de la misma idea: que al lado de las reglas y principios que las fuentes identifican como pertenecientes al ordenamiento hay otras reglas en estado latente que se pueden inferir de aquellas y ser aplicadas a un caso para el que las reglas visibles o explícitas no parecen dar solución. Del mismo modo que hoy sabemos que no se puede establecer la corrección o verdad de una creencia o de un enunciado descriptivo aislado, sino a partir del conjunto global de creencias que compartimos y de cosas que sabemos, también se sabe desde hace tiempo que no puede hallarse el significado de un enunciado de derecho vigente sino a partir de todo un complejo mundo de enunciados y prácticas contextuales. Esta idea, vista desde el prisma de ese todo de normas y prácticas que subyace a cualquier enunciado jurídico, es la que puede ilustrar la noción de derecho implícito que voy a sugerir aquí. Para entenderla puede ser útil que imaginemos la relación que puede tener la comprensión de un enunciado explícito del derecho con ese todo de enunciados normativos y prácticas cotidianas que es un orden jurídico vigente. Lo que sugiere la noción de derecho implícito es que, aunque carezcamos en un caso difícil de una solución jurídica explícita, podemos acudir siempre a ese todo de normas y prácticas que conforman el material jurídico subyacente e inferir desde su seno una regla que no estaba explícita en él. La clave de su formulación, como es evidente, es esa idea de “inferencia”, de que se pueden obtener unas reglas a partir de otras. Aquí no quiero dar a esa idea un alcance estricto o técnico, sino concebirla más bien como un modo de hacer referencia a todo un variado conjunto de modos de raciocinio y argumentación que sustenten en razones plausibles ese enunciado jurídico descubierto o hallado. Por eso la noción de derecho implícito que propongo incluye muchas variedades de normas. Algunas serán perfectamente familiares, triviales incluso, pero no dejan nunca de ofrecer iluminaciones y plantear problemas. Lo que aquí se pretende es ofrecer un panorama general, sin detenerse en todas las incógnitas que surgen en cada una de ellas. ¿Qué reglas pues habitarían en ese mundo del derecho implícito?

1. Reglas implicadas *formalmente* en otras reglas explícitas. Es el caso más elemental. Se trata de todas aquellas reglas que son consecuencias deductivas de alguna o algunas reglas establecidas, inferidas lógicamente a partir de sus operadores deónticos y sus términos lógicos. Las reglas que se obtienen de los argumentos *a contrario* son un ejemplo sencillo de este tipo de reglas. Los sistemas jurídicos modernos son conjuntos de reglas e instituciones muy complejos y por ello mismo han de tener en sí una gran cantidad de reglas potencialmente derivables sin exceder los límites de la lógica deductiva. A pesar de los constantes ataques que ha sufrido la lógica deductiva por parte de muchos juristas (producto creo de una deficiente intelección de la misma) es preciso repetir incesantemente que cualquier violación de los cánones de la lógica deductiva en la argumentación jurídica produce un *non sequitur* que impide por definición fundamentar correctamente el fallo⁶.

2. Reglas implicadas *conceptualmente* en otras reglas. Son todas aquellas reglas latentes derivables a partir de términos no lógicos, es decir, a partir de las variables de los enunciados jurídicos. Tales variables pueden ser o bien los usuales términos de clase del lenguaje natural (silla, árbol, noche, etc.) o bien los mucho más técnicos conceptos jurídicos (litisconsorcio, comodato, hecho imponible, etc.). El significado que tienen esos términos naturales o técnicos suscita muchos problemas de interpretación y no faltan a veces supuestos en que no se sabe muy bien si ciertas situaciones o estados de hecho caen bajo el alcance de los términos usados en las formulaciones textuales de las normas. Enseguida hablaremos de ello, pero vale la pena mencionar que el conjunto de propiedades fijado por las reglas de uso de los conceptos jurídicos técnicos (en sus diversos grados) es producto muchas veces de la elaboración doctrinal y teórica, que aporta así también su caudal de soluciones al derecho implícito.

3. Reglas producto de enunciados interpretativos. Todos habrán caído en la cuenta de que en el punto anterior nos enfrentábamos ya con la tarea de interpretar en el sentido de asignar significado a términos naturales o técnicos. Ahora debemos entrar claramente en la teoría de la interpretación, porque hay algunos aspectos de ella que pueden suscitar confusión, también en lo que se refiere a la apelación al derecho implícito⁷. Empecemos por intentar una definición general de 'interpretar': interpretar un enunciado jurídico sería pasar de

⁶. Lo que no quiere decir que no sea perfectamente legítimo señalar los límites de la lógica formal para justificar el fallo. Sobre esto Atienza 1991.

⁷. No es siquiera pensable que pueda abordarse el tema de la interpretación jurídica en un texto introductorio como el presente, dada la extensísima bibliografía que se ha producido al respecto en los últimos años. Para un simple mapa del problema cfr. Comanducci 2000.

su formulación lingüística original a otra formulación lingüística que pretende captar y expresar mejor lo que la primera trata de comunicarnos. O, dicho de otra manera, ‘interpretar’ es sustituir una formulación de la regla por otra. Si esto es así entonces el juez que interpreta esos enunciados que llamamos normas jurídicas está siempre *transformando* unos enunciados en otros que suponemos tienen un significado más claro o expresan mejor la norma en cuestión. Esto naturalmente supone que las formulaciones lingüísticas nuevas tienen siempre algo que no tenían las formulaciones primeras, pero no creo que esto pueda ser llamado un proceso *creador*, porque parten de éstas formulaciones y pretenden *descubrir*, o captar mejor un significado que ya había en ellas.

Pero si esta es nuestra concepción de la interpretación, entonces tenemos que aceptar que depende de dos importantes presuposiciones anteriores a ella. En primer lugar tenemos que concebir el lenguaje como un vehículo de signos que pueden transportar un significado determinado. Si postulamos la *indeterminación radical* del lenguaje (del lenguaje jurídico en este caso), como lo hacen algunas teorías contemporáneas⁸, nos vemos enfrentados a una teoría de la interpretación parecida a lo que he llamado alguna vez el “modelo Rorschach”. Las palabras y los enunciados jurídicos serían como las estampaciones del test Rorschach, una suerte de manchas informes de las que parecería que nosotros estamos sólo ‘extrayendo’ un significado que hay en ellas, cuando en realidad lo que estamos haciendo es ‘proyectando’ sobre ellas algo que hay en nosotros. Si esto fuera así por lo que respecta al lenguaje jurídico toda interpretación sería inevitablemente una creación de derecho. Pero el precio que tendríamos que pagar por ello sería altísimo: nuestra comunicación jurídica colectiva, incluida la que se contiene en las sentencias judiciales, sería imposible. Tanto las normas como las sentencias serían colecciones de esas manchas informes que no transmitirían nada, y por tanto sería inútil que pretendieran su cumplimiento a partir de su formulación y publicación.

En segundo lugar, debemos aceptar que el lenguaje tiene lo que se ha llamado “autonomía semántica” (Schauer 1991, 55) es decir, que, al menos hasta cierto punto, los enunciados del lenguaje natural significan lo que significan al margen de lo que nosotros como individuos particulares tengamos la intención de que signifiquen cuando los utilizamos y al margen de nuestra capacidad personal para entenderlos. La intención del hablante o su mayor o menor competencia no pueden agotar la idea de significado. Si fuera así, el significado del lenguaje dependería de cada uso que se hiciera de él por cada hablante y se-

⁸. Sobre indeterminación del lenguaje jurídico el excelente libro de José Juan Moreso (Moreso 1997)

ría tan impenetrable y ajeno como cualquier lenguaje privado, y desde luego también lo sería el significado de los enunciados interpretativos, y por tanto, también el de las sentencias judiciales. Naturalmente esto no quiere decir que las palabras tengan un significado objetivo intemporal y platónico. Solo quiere decir que las palabras hacen descansar su contenido significativo en convenciones sociales compartidas más o menos fuertes que son las que determinan su alcance. Tales convenciones pueden cambiar, pero no pueden ser inexistentes salvo en el momento en que, por así decirlo, se pone en circulación una palabra nueva, inventada, un neologismo que solo va adquiriendo su significado cuando va imponiéndose la correspondiente convención respecto a su significado.

Y en tercer lugar me parece que, aunque afirmemos con frecuencia lo contrario, tendemos siempre a operar normalmente como si la cláusula "*in claris non fit interpretatio*" fuera cierta. ¿Por qué? Volvamos al concepto de interpretación que hemos adelantado antes. Se afirma muchas veces por los jueces y también por algunos teóricos del derecho que en realidad y dadas las características del lenguaje jurídico, no hay norma hasta que el enunciado o formulación lingüística que la contiene ha sido interpretado. Esto quiere decir que la norma es, por así decirlo, el producto de la interpretación. Insisto en que he oído a muchos jueces afirmar esto para poner énfasis en el papel de la interpretación judicial en el funcionamiento del derecho. Pero esto es imposible de pensar, por la siguiente razón: si, como hemos visto, el producto de la interpretación es la sustitución de una formulación de la regla por otra, es decir, es una formulación lingüística nueva, entonces si esa nueva fórmula lingüística es también lenguaje jurídico, se aplicará a ella lo mismo que a la anterior, es decir, no existirá como norma hasta que no haya sido interpretada o sustituida nuevamente. Pero esa nueva interpretación se expresará a su vez a través de otra formulación lingüística, y así sucesivamente. El corolario de ello es que la interpretación es un proceso que no tiene fin: siempre se materializa en una nueva formulación lingüística que demanda de interpretación para alumbrar la norma, pero esa interpretación produce una nueva formulación lingüística y así hasta el infinito. Por otro lado, aparece aquí otra vez la sospecha de que si esta teoría fuera correcta las sentencias judiciales necesitarían de interpretación tanto como los preceptos jurídicos. Con lo que tampoco sabríamos qué norma llevan dentro de sí hasta que no las interpretáramos, con el mismo regreso al infinito. Me parece por el contrario que siempre que nos embarcamos en la tarea de interpretar presuponemos que tiene que acabar por darse una formulación de la regla que entendemos y respecto a la que reaccionamos (en el sentido de realizar ciertas acciones o captar su contenido) sin ulterior interpretación.

Todo esto, sin embargo, no puede ignorar el hecho inevitable de que el lenguaje natural porta con frecuencia vaguedades y ambigüedades que determinan que no sea fácil saber bien si un término o concepto es aplicable o no a un estado de hecho. La aplicación a la realidad de un concepto vago o de una palabra ambigua contenidas en un enunciado jurídico ha de hacerse mediante la formulación de otro enunciado jurídico en el que se precisen las reglas de uso del lenguaje que hacen posible que ese sector de la realidad sea subsumible en aquel término o concepto. Ese otro enunciado también forma parte del derecho implícito, no puede pensarse que sea una mera creación del juez. Lo que no quiere decir que sea el único enunciado jurídico posible teniendo en cuenta la vaguedad del concepto y las características del hecho contemplado. Creo, por el contrario, que puede haber distintos enunciados aceptables que establezcan esa conexión. Afirmando esto para dejar sentado que no creo en la teoría o teorías que mantienen que hay una única respuesta correcta, o unidad de solución justa, etc... cuando nos encontramos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas abiertas.

4. Reglas que cumplen el propósito o fin de otras normas explícitas. Se ha dicho que en todo enunciado jurídico o en toda norma puede distinguirse un fin o un propósito diferenciable del texto literal del precepto incorporada a ellos. Se habla así de una intención del legislador como algo distinto de las palabras mismas del legislador. Y parece en efecto de sentido común pensar que es imposible formular lingüísticamente una regla sin propósito alguno. La relación entre el fin o propósito y la regla sería sencilla: se supone que cumplir la regla es el medio para satisfacer el propósito. Se parte así de la presunción de que el legislador ha pensado que si los destinatarios se atienen a la regla entonces el propósito subyacente a ella tenderá a cumplirse. Si la regla es eficaz, entonces su fin tiende a cumplirse. Naturalmente es posible que el legislador se equivoque al calcular la relación medio-fin y el cumplimiento de la regla tenga efectos no queridos o efectos perversos que hacen que el propósito se defraude, pero este es un tema de teoría de la legislación y no de teoría de la aplicación del derecho.

Ahora bien, resulta demasiado usual pasar de estas consideraciones de sentido común a la afirmación sencilla de que el juzgador puede fijarse en el propósito de la norma para extraer a partir de él una norma nueva o una interpretación especial (interpretación teleológica) basada en la intención del legislador al emitir la norma. Ese paso tiene algunos peligros sobre los que no está de más advertir. En primer lugar, no es un dato incontrovertible que exista ese propósito, fin o intención del legislador. En los procedimientos de producción normativa actuales los participantes son tan plurales y los trámites tan comple-

jos que resulta poco convincente asumir la existencia de un 'legislador' por antonomasia, antropomorfizado, al que se dota de racionalidad y cuyos designios pueden ser escrutados fácilmente. Resulta mucho más sensato suponer que el único punto de acuerdo al que puede decirse que han llegado todos los distintos actores del proceso legislativo es el *texto* mismo de la norma, y que por tanto tratar de interpretar ese texto con referencia a un propósito definido subyacente a él es un ejercicio de logomaquia⁹. Si esto se aceptara entonces las elucubraciones tan frecuentes sobre el *telos* de la norma no serían sino proyecciones del intérprete sobre el texto legal para obtener de él normas nuevas o interpretar de cierto modo las presentes. Por eso puede decirse que el recurso a este tipo de razonamiento debe ser practicado con suma cautela. Y ello, además, porque, en segundo lugar, podríamos encontrarnos con otro peligro. ¿Cuál podría ser la razón de que el legislador o el creador de la norma nos hubiera provisto de un *texto* y de un *propósito*? Si el legislador hubiera querido que nos remitiéramos al propósito o fin para regular una situación bien podría haberse ahorrado el texto y habernos ofrecido solo el propósito. Pero si nos da el texto es seguramente porque pretende que el propósito no sea conseguido de cualquier manera sino precisamente a través del cumplimiento de la norma que ofrece en el texto. Si ese fuera el significado de la actividad de emitir reglas entonces el juzgador tendría que pensar que el mensaje que se le transmite es que aplique la regla y que no la obvie para dirigirse al fin subyacente a la misma. El significado mismo de la existencia de la regla sería proteger a los destinatarios de una argumentación teleológica libre de controles.

Esto nos lleva a una conclusión también doble: para extraer normas del depósito de derecho implícito mediante la apelación teleológica se necesitaría, en primer lugar, que el propósito fuera lo más explícito posible, y en segundo lugar que no se obtuviera mediante esa argumentación una norma ni innecesaria (puesto que ya habría en el texto legal una regla que aplicar) ni incoherente con las demás reglas del ordenamiento. Salvando estas cautelas el juzgador puede tener en el propósito o fin de la regla una fuente posible de derecho implícito. No es desde luego que, como acabamos de ver, todo aquello que tienda a satisfacer el propósito de un texto legal pueda automáticamente ser transformado en regla nueva y aplicado; habrá seguramente dificultades y conflictos con otras reglas y con otros propósitos, pero puede mantenerse el principio de que la propuesta de reglas coherentes con el sistema que coadyuven a la satisfacción de un propósito claramente establecido por el legislador, no es un supuesto de activismo creador de derecho. El folklore de los libros jurídicos está lleno de ejemplos basados en esta consideración (Si viajar en tren con un oso

⁹. Una discusión interesante sobre este tema puede verse en Marmor 1995, III.

está prohibido cuando solo hay una regla que prohíbe el viaje con perros, o si una silla de ruedas para un incapacitado es un vehículo a los efectos de la prohibición de entrar con vehículos en el parque público).

5. Reglas que se obtienen a partir de enunciados normativos de principios y valores. Este, como ustedes no ignoran, es uno de los escenarios de lizas doctrinales más de moda en la actual teoría de la interpretación y aplicación del derecho. Autores hay en casi todos los países que profesan una teoría jurídica hondamente marcada por la función de los valores y de los principios. Y no solo eso. La apelación a los principios se ha sugerido también para resolver muchos de los problemas que padecen hoy las sociedades modernas en sus sistemas jurídicos: legislación inestable y vertiginosa, sobrepresencia de la Administración, cambio social acelerado, etc... Por si esto fuera poco las Constituciones actuales se presentan al mismo tiempo como documentos con eficacia normativa no mediada y como documentos que pivotan en torno a principios. A veces se nos ofrece pues un panorama en el que se dibuja al juez empuñando la herramienta de los principios como el último recurso para proteger los derechos de los ciudadanos frente a los problemas del mundo de hoy (Zagrebelsky 1995). Personalmente no me siento tan inclinado a dar ese protagonismo a los principios, pero no cabe duda de que la formulación de normas de principios y juicios de valor tanto en los documentos constitucionales como en la legislación ordinaria constituye una fuente indudable de derecho implícito. Sin embargo también plantean problemas. Veamos algunos de ellos. En primer lugar está el problema del fundamento mismo de la pretensión de resolver el caso concreto a partir de un principio o un valor. Sin necesidad de entrar ahora en la copiosa literatura jurídica actual sobre la naturaleza de los principios y valores, es decir, toda esa discusión sobre si son simplemente reglas muy vagas y generales o son otra cosa: mandatos de optimización, enunciados teleológicos, etc... sí que conviene decir que, cualquier cosa que sean, no es posible pasar desde ellos a una decisión individual sobre el caso concreto sin interponer entre ambas cosas, explícita o implícitamente, un enunciado jurídico formulado como regla general o universal. Si, como se ha mantenido, los principios y valores son solo la expresión de un propósito del legislador sin la correlativa formulación de la regla, entonces es preciso proceder a formular esa regla que los realice. Es decir, no se pueden aplicar los principios sin la ayuda de una regla que especifique que un caso genérico es uno de los posibles supuestos previstos por el principio y, por tanto, quepa aplicar a ese caso genérico una solución normativa que sea a su vez una de las potenciales soluciones que contiene el principio. Después se pasa del caso genérico al específico y de la solución normativa abstracta a la concreta. Ese es el itinerario desde el prin-

cipio a la solución. Y si es así el juez infiere una regla a partir del principio, y tiene que justificar por qué esa regla es algo que puede obtenerse a partir de él.

Además de este problema que pone en cuestión a quienes pretenden aplicar directamente principios y valores a la solución de casos, tenemos otro bastante más peliagudo. Al parecer, exactamente igual que les sucede a las reglas, los principios y valores pueden entrar en conflicto. Con los conflictos de *reglas* estamos ya acostumbrados a lidiar y tenemos en la mayoría de los ordenamientos algunas fórmulas de solución: jerarquía normativa, especialidad, temporalidad, etc... No siempre dan soluciones unívocas pero ya tenemos cierta destreza en aplicarlas. Con los principios y los valores, en cambio, no sucede esto. Lo que se dice es que cuando entran en conflicto hay que “ponderarlos” o “sopesarlos”, y esta es una operación que no sabemos muy bien en qué consiste. Cuando los tribunales han realizado alguna de estas ponderaciones nunca me ha parecido sino que postergaban efectivamente un valor y privilegiaban otro, pero no se sabía por qué, ni era claro como se infería de ello regla alguna para aplicar al caso concreto. Esta operación de ponderar o sopesar valores y principios tendría que ser por tanto claramente definida y acotada para que pueda presentarse también como un eslabón identificable en un razonamiento público.

Otro importante tema de discusión en relación con los llamados principios y valores es el de su utilización por el juzgador en relación con las reglas jurídicas establecidas. Como los principios y valores se encuentran muchas veces en la propia Constitución y las reglas aparecen en leyes ordinarias del poder legislativo, se ha podido considerar la idea de que argumentando sobre la base de un principio el juez obtenga una regla incompatible con otra regla prevista en una ley establecida y la aplique en detrimento de ésta. Así, el juez, vía principio, obtiene del derecho implícito una norma jurídica que opone a otra emanada del legislador. Este proceder se festeja a veces como expresión de la llamada justicia material y ha sido a veces utilizado por jueces criptopolitizados, en España y en otros países, para oponerse a una mayoría parlamentaria en nombre de la Constitución. Mi posición al respecto es que el desarrollo de los principios y valores corresponde prioritariamente al poder legislativo, y que el derecho implícito inferido presuntamente de principios que se oponga al derecho establecido por el legislador no puede ser utilizado por el juzgador para resolver el caso. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de lo que en la jurisdicción constitucional pueda decirse de una ley y su encaje constitucional, tarea que, pese a lo que muchas veces se afirma, no corresponde normalmente al juez ordinario.

6. Y vamos por último a referirnos a la jurisprudencia como origen de derecho implícito. No se trata aquí de afirmar el valor vinculante del precedente o la fuerza de la jurisprudencia como cuasifuentes del derecho. Eso es algo que depende en gran medida de normas positivas de los ordenamientos jurídicos, y aunque muchos, entre los que me cuento, piensan que es deseable que se establezca entre nosotros una disciplina clara, articulada y fuerte del precedente judicial como pauta jurídica vinculante (Laporta 1997), tal cosa pertenece más bien a la esfera de las preferencias que a la de las necesidades conceptuales. A lo que me refiero ahora es a la existencia de todo un depósito de derecho implícito en el cuerpo de las resoluciones judiciales. Como antes hemos visto, siempre que hay una decisión sobre un caso sobrevuela en ella alguna formulación o, más frecuentemente, presuposición implícita de un enunciado jurídico general del que se extrae la norma particular del caso. Me parece que si un juez se encuentra frente a un problema en el que no parece estar presente solución normativa explícita alguna, hará mejor en apelar a la práctica profesional y social de sus compañeros que en crear una pauta nueva sin control alguno de juridicidad.

IV

Hasta aquí hemos visto un conjunto de posibilidades para obtener pautas jurídicas preexistentes a partir de lo que hemos llamado derecho implícito. También hemos visto algunos problemas que podían surgir. Creo que unas y otros nos pueden llevar a la conclusión de que la creación del derecho no es algo “necesario” o conceptualmente implicado en la tarea de juzgar, aunque puede ser, desde luego, algo usual o permitido en un determinado ordenamiento. Ahora bien, para trabajar con el derecho implícito los jueces deben tener, desde luego, una formación jurídica profunda pero también una capacitación para realizar algunas actividades y seguir algunos itinerarios argumentales muy complejos. Tendrían que ser duchos no solo en el derecho positivo, por supuesto, sino también en lógica y teoría de la argumentación, estar familiarizados con la filosofía moral y política, manejar métodos de ponderación de bienes y valores, y un largo etcétera. Estamos, pues, lejos de los dos paradigmas que han presidido la actividad jurisdiccional desde la Ilustración: el paradigma del *silogismo*, en el que una norma del derecho explícito que está siempre ahí es la premisa mayor, el establecimiento de los hechos es la premisa menor, y el fallo es la conclusión; y también muy lejos del paradigma de Montesquieu del juez como boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Ambos están hoy justamente arrumbados tanto por los hechos como por la teoría. Y sin embargo me parece que en ambos late todavía, de una manera ingenua y si

quieren tosca, un aliento de verdad. Creo que, para terminar, vale la pena someter a debate eso que me parece todavía certero del ideal ilustrado.

En la construcción de la llamada premisa o premisas mayores de la argumentación el juzgador realiza, como hemos visto, actividades que no tienen muchas veces nada que ver con la lógica deductiva. Si a todo lo mencionado se le añade la utilización de argumentos muy típicamente jurídicos como el argumento analógico (o sus aplicaciones especiales, los argumentos *a fortiori* y *a pari*), entonces resultará evidente que la aparición de la premisa normativa ante el juez no es, sino raramente, producto de una inferencia deductiva. Los Ilustrados daban por hecho que la premisa estaba ahí, a disposición del juez, con toda claridad. Y esto es lo que ya no es posible aceptar. Hoy sabemos que es preciso buscarla y definirla y a veces esa búsqueda y esa definición son difíciles e intrincadas. Sin embargo hay un punto de verdad en lo que supongo pretendía transmitir el Ilustrado. Ese punto de verdad es que la premisa en cuestión ha de estar de algún modo “preestablecida” para que podamos hablar de cosas tales como el control del poder por el derecho, el principio de legalidad penal, la garantía de los derechos individuales, en definitiva, para que podamos hablar de Estado de Derecho. Si la pauta en la que se va a apoyar el juez no es *anterior* al veredicto, si nace con él de forma tal que es para nosotros conceptualmente imposible (o está sometido a una aleatoriedad incontrolable) *predecir* el fallo, entonces todas esas cosas se nos escapan por entre los dedos y pierde firmeza la idea misma del Estado de derecho. No hay Estado de derecho simplemente porque los ciudadanos tengan acceso a la justicia, con ser ello importante. El Estado de derecho es primariamente el imperio de un derecho preestablecido que gobierna el fallo o la decisión de cualquier autoridad del sistema, también de la autoridad judicial. Por ello, aún en el supuesto de que la premisa mayor se extraiga dificultosamente de ese variopinto depósito de derecho que he llamado “derecho implícito”, no puede obtenerse de forma tal que sea una pieza extraña por entero al conjunto; tiene que ser una pauta que encaje con coherencia en el sistema explícito, que tenga entre otros controles de calidad el de no ser contradictoria con alguna de las normas ya establecidas de antemano. Y también que sus consecuencias aplicativas puedan ser “queridas” por ese sistema, que no genere en su aplicación situaciones que el sistema de derecho explícito no habría pretendido nunca.

Lo mismo sucedería con la construcción de la premisa menor. También en ella la fe del Ilustrado en que los hechos son algo que está ahí, en el mundo externo, y que podemos probarlos y describirlos mediante enunciados cuyo significado se corresponda exactamente con los acaecimientos de la realidad, nos ha abandonado. Hoy sabemos que los criterios para seleccionar algunos he-

chos como relevantes o irrelevantes no son puramente descriptivos, que la misma acción humana admite una pluralidad de descripciones de desigual relevancia para el derecho, que los procedimientos de sentar las conclusiones fácticas son muchas veces probabilísticos y que la relación de causalidad es más tenue e incierta de lo que habíamos venido suponiendo (Gascón 1999). Sabemos también que hay un tipo peculiar de hechos, los llamados hechos institucionales, cuya existencia depende de la vigencia e interpretación de normas jurídicas anteriores a ellos que los crean y definen. Pero no podemos ceder a la tentación de abandonarnos a la idea de que, por todas esas cosas, los hechos son una pura creación de la mente del juez o del funcionamiento del proceso, que son puramente ficticios, entre otras cosas porque ello tendría entonces que llevarnos moralmente a la conclusión de que deberíamos imponer también solamente condenas imaginarias o ficticias. Debo decir que entre nosotros abunda la actitud, que ha sido denunciada ya algunas veces (Andrés 1992), de prestar poca atención a los hechos en las sentencias judiciales. Hasta el punto de que no es infrecuente que, no solo no se motiven, sino que ni siquiera se contengan en el texto de la sentencia, limitándose el juzgador a remitirse a los escritos de las partes. Esto es también contrario al Estado de derecho. Los hechos han de ser algo que preexista a la sentencia, no algo que aparezca improvisadamente con ella. Y hemos de poder reconstruir racionalmente con toda precisión el *iter* argumentativo que nos lleva de la práctica de las pruebas a la afirmación de los hechos. La idea de la libre apreciación de la prueba no puede transformarse en un correlato en el mundo de los hechos de la creación *ex nihilo* en el mundo de las normas. Muchas instituciones que serían importantes para la mejora de nuestro sistema jurídico, como la del precedente judicial o la idea de la fuerza vinculante de la doctrina jurisprudencial, penden para su instauración del establecimiento preciso y motivado de los hechos, porque no puede olvidarse que tanto el precedente como la doctrina jurisprudencial solo pueden entrar en funcionamiento cuando entre el caso anterior y el que contemplamos ahora hay una igualdad en todos sus aspectos relevantes. Y esa igualdad como es obvio solo podemos establecerla con un relato definido de los hechos. El enunciado que describe y establece la realización en circunstancias espacio-temporales dadas de un conjunto de hechos es también, por tanto, algo que el juez debe extraer y transformar a partir de datos muchas veces fragmentarios, pero es un enunciado que debe poder afirmar con verosimilitud fundada que tales hechos se han producido. Perdonen que recuerde algo tan elemental.

Y vamos por último a tratar de descubrir qué es lo que hay de pequeña pero importante verdad en el famoso *dictum* de Montesquieu de que el juez es

la boca muda de la ley, de que el poder de juzgar habría de convertirse en “invisible y nulo”. Creo que a lo largo de todos los temas que más o menos ordenadamente hemos visto hay algo que ha debido quedar claro. Cualquiera que sea la dificultad que exista para desarrollar la argumentación judicial en un caso concreto, cualquiera que sea la complejidad del material jurídico, de los procedimientos de inferir conclusiones y de los criterios para establecer la existencia de hechos, ninguna de esas conclusiones e inferencias tiene por qué depender de las circunstancias o rasgos del juez como persona realmente existente (es decir, de lo que antes hemos llamado contexto de descubrimiento de la decisión). Todos sabemos que los jueces son individuos realmente existentes, que son, como suele decirse, seres humanos de carne y hueso, con sus preferencias, deseos y convicciones; con sus circunstancias vitales y personales, con sus historias y sus mentes. Esto está más allá de toda discusión. Pero, dando esto por supuesto, me parece que lo que quería transmitir Montesquieu, es que para que un juez emitiera una fallo conforme a derecho, ese fallo tendría racionalmente que haber podido ser emitido exactamente en el mismo sentido por cualquier otro juez elegido aleatoriamente. Y lo que ello significa es que esos rasgos del juez como ser humano real deben ser *irrelevantes* para el fallo. No es por tanto el poder judicial el que es ‘mudo’, o ‘invisible’ o ‘nulo’; es el juez mismo como ser humano real el que ha de esfumarse en el proceso de aplicación del derecho. Ha de hacerse ‘transparente’, no ofrecer contaminación personal, tomar conciencia de su irrelevancia como sujeto empírico pero de su decisiva importancia como órgano jurídico de argumentación a través del que ha de poder pasar sin dificultad el material jurídico y fáctico preexistente, las pautas objetivadas que habrían de dibujar los contornos del fallo cualquiera que fuera el juzgador que contemplara el caso. Sé que esto es difícil de entender y seguramente fácil de malinterpretar, pero me parece decisivo a la hora de plantearse la misión misma del juzgador en una sociedad compleja y avanzada como la nuestra. Hoy en día asistimos a una fragmentación y desarticulación profunda del ordenamiento jurídico: tenemos un legislador que no sin razón ha sido tachado de “desbocado”, un ordenamiento que se ramifica espacialmente en múltiples ámbitos infraestatales y se disuelve poco a poco para ceder normación al ámbito supraestatal, una administración invasiva y unos poderes económicos que han establecido una red de derecho altamente sofisticada. Hay quien afirma que una gran parte de la responsabilidad por el funcionamiento de todo ese enrevesado sistema de normas que es el derecho acabará por descansar predominantemente en los jueces. Y debe ser así ya que el olfato de los medios de comunicación ha detectado ya que son o pueden ser material noticiable: sus opiniones, sus *curricula*, sus relaciones sociales y personales son aireadas en la prensa. Y esa demanda compulsiva de noticia y opi-

nión les fuerza a veces a ceder a la tentación mediática. Yo creo que deben recordar siempre la pequeña verdad que se esconde en el mensaje del Ilustrado: la justicia ha de hablar con voz clara en las sentencias, pero los jueces han de ser invisibles.

REFERENCIAS

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1992) «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal » en *Doxa*, n. 12
- ATIENZA, M. (1991) *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- COMANDUCCI, P (2000) "Legal Interpretation: A Tentative Report" en Werner Krawietz, Robert S. Summers, Ota Weinberger and Georg Henrik von Wright (eds.) *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification*. Festschrift for Aulis Aarnio. Berlin. Duncker & Humblot.
- DWORKIN, R (1984) *Los Derechos en Serio*. Barcelona. Ariel (Ed. original *Taking Rights Seriously*. 1977. London. Duckworth).
- ERNST, C. (1994) *Los derechos implícitos*. Córdoba (Argentina) Marcos Lerner Ed.
- GASCÓN, M. (1999) *Los Hechos en el Derecho*. Madrid. Marcial Pons.
- HOLMES, O.W. (1975) *La senda del derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires (Ed. original *The Path of the Law* 1897. Harvard Law Review, 10).
- IGLESIAS, M. (1999) *El problema de la discrecionalidad judicial*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- LAPORTA, F.J. (1997) "Vindicación del precedente judicial en España", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 1.
- MACCORMICK, N. (1978) *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford. Clarendon Press.
- MARMOR, A. (1995) *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Oxford. Clarendon Press.
- MENDONCA, D. (1997) *Interpretación y Aplicación del Derecho*. Universidad de Almería. Almería.
- MORESO, J.J. (1997) *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación Constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- POSTEMA, G. (1994) "Implicit Law", en *Law and Philosophy*, 13
- SCHAUER, F. (1991) *Playing by the Rules*. Oxford. Clarendon Press.
- ZAGREBELSKY, G. (1995) *El Derecho Dúctil*. Madrid. Editorial Trotta.